

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

ROBSON BARBOSA DE ANDRADE

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO nº 175/2013 DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO
2016**

ROBSON BARBOSA DE ANDRADE

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO nº 175/2013 DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora Esp. Graciela Flávia Hack.

**Cacoal- RO
2016**

Andrade, Robson Barbosa de.
A553i A (in)constitucionalidade da Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) / Robson Barbosa de Andrade – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
67 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. Esp. Graciela Flávia Hack

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalidade. 3. Casamento homoafetivo. 4. Conselho Nacional de Justiça. I. Hack, Graciela Flávia. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO nº 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Por

ROBSON BARBOSA DE ANDRADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora Esp. Graciela Flávia Hack - UNIR - Presidente

Professora M^a. Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli - UNIR - Membro

Professor Esp. Thiago Barisson de Mello - UNIR - Membro

Conceito: 100

Cacoal, 7 de julho de 2016.

Dedico este trabalho ao meu amado pai, Rubens (*in memoriam*) e minha amada mãe, Maria, pelo incentivo que sempre me deram quanto aos estudos, pelos bons exemplos de honestidade e respeito ao próximo, por tudo mais que fizeram por mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que nos dá a vida e permite que cada instante dela seja um aprendizado valioso para o nosso progresso e melhoramento individual e coletivo.

Ao meu amado esposo e companheiro de vida, Valdecir, por estar ao meu lado desde o início deste curso, me apoiando paciente e carinhosamente.

Agradeço a todos os meus familiares que sempre incentivaram também nesta jornada.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para que eu pudesse estar nesta universidade concluindo um curso de graduação.

À Professora Esp. Graciela, e à Professora M^a. Sônia, pela orientação e auxílio na elaboração deste trabalho.

Tenho também, muito a agradecer a todos aqueles de que alguma forma lutaram, ainda lutam e que continuarão a lutar para que todas as pessoas possam viver com dignidade.

A todos que de algum modo contribuíram, contribuem e contribuirão para que as minorias possam exercer todos os direitos inerentes aos seres humanos.

Tenho muito a agradecer pela oportunidade de viver numa época em que não preciso me esconder, ou esconder a minha identidade, os meus sentimentos, o meu amor.

Muito obrigado!

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo teórico acerca da questão constitucional envolvendo a edição da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata sobre a habilitação, celebração e conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. O objetivo geral é verificar se o Conselho Nacional de Justiça extrapolou sua competência ao editar a Resolução nº 175/2013. Já os objetivos específicos são: expor a evolução da situação jurídica dos relacionamentos homoafetivos no Brasil; identificar a abrangência da competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça; analisar os aspectos constitucionais, tanto material quanto formal, da Resolução. Para isso foi utilizado o método dedutivo e o procedimento técnico aplicado foi de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito constitucional. Constitucionalidade. Casamento homoafetivo. Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT

This paper presents a theoretical study on the constitutional issue involving the issuance of Resolution nº 175/2013 of the National Council of Justice (CNJ), which deals with the authorization, execution and conversion stable on same-sex marriage. The overall objective is to verify that the National Judicial Council overstepped its jurisdiction when editing Resolution nº 175/2013. As for the specific objectives are to: expose the evolution of the legal status of homosexual relationships in Brazil; identify the scope of the regulatory powers of the National Council of Justice; analyze constitutional aspects, both material and formal resolution. For this we used the deductive method and the technical procedure was applied to literature and case law review.

Keywords: Constitutional law. Constitutionality. Homoffective marriage. National Council of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
DJE	Diário da Justiça eletrônico
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros
LOMAN	Lei orgânica da Magistratura Nacional
RE	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO CASAMENTO	13
1.1 VISÃO HISTÓRICA	13
1.2 CONCEITO DE CASAMENTO	14
1.3 NATUREZA JURÍDICA	16
1.4 MODALIDADES.....	17
1.5 CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.....	18
1.6 CAPACIDADE.....	19
1.7 IMPEDIMENTOS	21
1.8 PROCESSO DE HABILITAÇÃO	22
1.9 CELEBRAÇÃO	23
1.10 CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	24
1.10.1 Princípios fundamentais e o casamento homoafetivo	27
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	31
2.1 CONCEITUAÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	32
2.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS.....	33
2.3 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	35
2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	38

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ).....	41
3.1 NOÇÕES HISTÓRICAS	41
3.2 EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45/2004 E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ).....	43
3.3 ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)	47
3.4 LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ).....	49
3.5 COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)	50
3.6 RESOLUÇÃO nº 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E O CASAMENTO HOMOAFETIVO	52
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
 REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, é constitucional ou não.

A referida Resolução na prática, veda aos Ofícios de Registro Civil a recusa ao processamento da habilitação ou conversão de união estável em casamento em razão da igualdade dos sexos dos contraentes.

Antes disso, porém, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes duas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 4277-DF e ADPF nº 132-RJ), com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Este julgamento abriu caminho para casais homoafetivos requererem em juízo o direito de se casarem, sendo que muitos destes pedidos foram deferidos, enquanto outros foram indeferidos sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido. Por meio de um recurso especial contra a negativa de um destes pedidos a discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou procedente o recurso de um casal feminino, afirmando que não há óbice legal no ordenamento jurídico que impeça o casamento de duas pessoas com igualdade de sexo.

Então, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, que provocou uma discussão no meio jurídico, político e social, acerca da sua constitucionalidade. De um lado alguns afirmam que a Resolução é inconstitucional, de outro há os que defendem que o Conselho agiu dentro dos limites de atuação que lhe conferiu a Constituição Federal.

Esta questão deixa evidente a existência de um problema jurídico a ser

explorado, qual seja, a discussão sobre a constitucionalidade ou não da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havendo oficiais de registro civil e juízes de paz que não aceitam cumprir a norma do CNJ, alegando sua inconstitucionalidade. Do mesmo modo, alguns partidos políticos também alegam isso, tanto é assim, que o Partido Social Cristão (PSC), ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), distribuída sob o nº 4966-DF. Assim, o problema que se tem, é verificar se a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é constitucional ou não.

A própria questão levantada leva imediatamente a duas hipóteses: a) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) extrapolou a sua competência e área de atuação ao editar a Resolução nº 175/2013, regulamentando o procedimento para casamento, celebração e conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo; b) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no uso de suas competências conferidas pela Constituição editou a Resolução nº 175/2013, uniformizando o procedimento de habilitação de casamento civil, celebração e conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sobre o qual já havia jurisprudência formada.

Para solução foi preciso traçar os objetivos. O objetivo geral consistiu em verificar se o Conselho Nacional de Justiça extrapolou sua competência ao editar a Resolução nº 175/2013. Já os objetivos específicos consistiram em: a) expor a evolução da situação jurídica dos relacionamentos homoafetivos no Brasil; b) identificar a abrangência da competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça; c) analisar os aspectos constitucionais, tanto material quanto formal, da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, levando-se em consideração que o casamento é um relevante direito civil de todas as pessoas naturais que atendam aos requisitos legais, e que uma grande parcela da população em geral sonha exercer livremente esse direito como um dos meios para realização de seus projetos de vida, e que os homossexuais têm todos os direitos inerentes à pessoa humana, e diante da problemática levantada, tem-se a justificativa para a realização deste estudo, afinal, a Resolução nº 175/2013 do CNJ facilitou aos homossexuais o livre exercício deste direito.

Para o bom desenvolvimento deste trabalho, ele foi dividido em três capítulos. O primeiro abordará o casamento civil, seus requisitos, capacidade, impedimentos,

procedimento para habilitação e celebração do casamento. Será também abordado o casamento homoafetivo, que já vinha sendo autorizado por diversas decisões judiciais, e quais os fundamentos e princípios em que se basearam essas decisões que o autorizaram.

O segundo capítulo versará sobre o controle de constitucionalidade das normas. Será estudado os tipos de controle de constitucionalidade, dando-se mais ênfase ao controle concentrado das normas, assim como à ação de inconstitucionalidade, que é a ação apropriada a atacar leis ou atos normativos com vício de inconstitucionalidade.

No terceiro capítulo, será estudada a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), suas competências, seus limites de atuação e dando-se mais enfoque ao seu singular poder regulamentar. Além disso, será também tratado neste capítulo, de forma mais detalhada, a edição da Resolução nº 175/2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Por último, serão apresentadas as considerações finais em que serão apontadas as conclusões a que se foi possível chegar diante de toda a pesquisa e trabalho realizado.

Portanto, considerando que para realizar o presente trabalho é necessário um estudo teórico, tendo como ponto de partida conceitos gerais buscados no ordenamento jurídico, especialmente no direito constitucional e direito de família, para se chegar a uma dedução lógica a respeito da constitucionalidade de uma resolução específica, será utilizado o método dedutivo, por meio da técnica de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1 DO CASAMENTO

Como o objetivo deste trabalho é verificar a questão constitucional da resolução que trata sobre o casamento homoafetivo, este capítulo é dedicado ao estudo do casamento como instituto do direito civil, e, portanto serão abordados conceitos, natureza jurídica, espécies, conversão de união estável em casamento, capacidade, processo de habilitação, e outras peculiaridades do casamento a fim de que se possa conhecer um pouco melhor esse instituto antes de se começar a falar em constitucionalidade.

1.1 VISÃO HISTÓRICA

Inicia-se aqui uma breve menção histórica do casamento, mas abordando este a partir da sociedade romana já organizada, em razão do vínculo existente entre o direito romano e a origem do direito brasileiro.

Na sociedade romana o vínculo familiar não se fazia necessariamente pelos vínculos de sangue, mas principalmente pela identidade de culto. O *pater* exercia o papel de chefe de família, sacerdote do culto familiar, juiz, legislador e proprietário, exercendo inclusive o direito de punir os demais membros da família (VENOSA, 2010).

O matrimônio era sagrado, sendo realizado com uma cerimônia religiosa chamada de *conferratio* em que um bolo de cevada era dividido pelos noivos. Além dessa modalidade havia também a *coemptio*, à semelhança de um negócio jurídico de compra e venda em que a mulher era vendida por quem sobre ela exercia o pátrio poder àquele que se tornaria o marido. Também havia o *usus*, semelhante à usucapião, em que, após um ano de convivência, se sanavam quaisquer vícios da *coemptio*, e até mesmo a falta desta, assim, o marido adquiria pleno poder sobre a mulher. Essas modalidades de casamento produziam o efeito *cum manum*, nos quais a mulher perdia totalmente o vínculo com a família do pai, até que mais tarde a lei reconheceu o casamento *sine manu*, sem as exigências das outras modalidades e em que não se quebrava o vínculo com a família originária da mulher, vindo assim a se tornar a forma mais comum de matrimônio a partir do período da República (VENOSA, 2010).

No Brasil Colonial e Imperial existia somente o casamento religioso, nos

moldes do direito canônico, sendo um direito exclusivo dos católicos, já que somente os padres o podiam celebrar nos moldes prescritos pela Igreja, isso até 1861, quando surgiu lei regulamentando o casamento dos não católicos que deveria ser celebrado segundo o rito religioso dos nubentes. E foi assim, até o advento da República, em que, logo após, surge decreto regulamentando o casamento civil (BEVILAQUA, s.d., *apud* MONTEIRO; SILVA, 2010).

O Código Civil de 1916 disciplinava o único modo de constituição da família, ou seja, o casamento, que mantinha ainda o seu viés patriarcal e com forte influência das regras religiosas. Por isso ele era indissolúvel, havendo apenas o desquite para romper o casamento, mas que não dissolvia o vínculo matrimonial, impedindo a possibilidade de novo casamento. Mesmo com a posterior edição da Lei do Divórcio a visão matrimonializada da família permaneceu, passando a existir duas possibilidades de romper o casamento, quais sejam, a separação e o divórcio. No entanto, para isso era necessário um longo período de prazos ou a identificação de um culpado, com aplicação de penalidades, sobretudo para a mulher culpada pelo fim do matrimônio. Mas com o advento da Constituição de 1988 o conceito de família foi alargado, ficando aberto e, passando a incluir nesse conceito, também a união estável e a família monoparental, deixando assim, de ser o matrimônio a única forma de constituição de família (DIAS, 2015).

Como observado, o matrimônio era visto como uma instituição sagrada visando primeiramente à procriação e manutenção do patrimônio, além disso, inicialmente, a própria mulher e filhos eram considerados como patrimônio do varão, chefe de família.

Constata-se que, mesmo nos dias atuais, ainda há muita resistência da doutrina mais conservadora em se atentar para as mudanças em relação à família, valorando-se muito as formalidades e a família matrimonializada. De outro lado, percebe-se que, cada vez mais, outra corrente que vem se firmando aos poucos, tem dado maior importância ao afeto e ao bem-estar dos membros dos diferentes núcleos familiares que se mantêm na base da sociedade.

1.2 CONCEITO DE CASAMENTO

Em razão da importância do casamento para o direito das famílias e para o direito civil de um modo geral, a doutrina busca dar-lhe um conceito para a sua

maior compreensão, já que a lei não tratou de fazê-lo.

Segundo Venosa (2010), o casamento é o centro do direito de família, de onde irradiam as normas fundamentais deste ramo do direito. Percebe-se sua relevância como negócio jurídico-formal pelas formalidades exigidas antes, durante e na conclusão da celebração, e seus efeitos refletem na relação dos cônjuges, em direitos e deveres recíprocos, alcançando até mesmo os filhos.

Nas palavras de Diniz (2014, p. 51), o casamento é, “legal e tecnicamente, o vínculo entre o homem e a mulher (em contrário – Res. CNJ nº 175/2013) que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” A referida autora destaca o casamento como a mais importante das instituições do direito privado, e demonstra nessa lição a sua inconformidade em relação ao teor da Resolução 175/2013 do CNJ.

Já Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 118-119), após fixarem a natureza jurídica do casamento, o que estudaremos a seguir, dizem o seguinte:

[...] podemos então, com maior segurança, definir o casamento como sendo um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo assim, a realização de seus projetos de vida.

Ainda, segundo os referidos autores, o casamento não mais deve ser encarado como um fim em si mesmo, mas como ocorre também em outros arranjos familiares, deve ser o local de realização e busca da felicidade de seus membros, devendo atender essa que é a sua verdadeira função social, além do mais a definição feita por eles não faz nenhuma distinção quanto ao gênero dos conjugues, sendo assim um conceito inclusivo e de acordo com as tendências mais modernas do direito das famílias.

Nota-se que os termos usados para conceituar o casamento, tais como a palavra vínculo, comunhão, e formação de uma comunidade, remetem também ao consentimento, à aceitação dos deveres e ao gozo dos direitos daí decorrentes, não podendo mais ser relacionado à procriação como seu fim mais relevante, do contrário ter-se-ia como inviável, por exemplo, o casamento de pessoas estéreis ou que não queiram ter filhos.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

Entender a natureza jurídica de determinados institutos do direito, é, sem dúvida, relevante para melhor compreensão destes e também para se avaliar a prevalência de determinados princípios específicos em relação a outros. Por conta disso diversos autores trabalham arduamente na busca de definir a natureza jurídica do casamento.

Para Dias (2015), são muitas as divergências doutrinárias em relação à natureza jurídica do casamento o que levou ao surgimento de três correntes distintas: a individualista para a qual o casamento é um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; a institucional, que destaca adesão pelos nubentes a um conjunto de normas imperativas; e a eclética, segundo a qual o casamento é um ato complexo, sendo um contrato em sua formação e uma instituição quanto ao seu conteúdo. É interessante notar que a autora ressalta, que apesar de tradicional a discussão, esta, a seu ver parece ser inútil e estéril.

Diferentemente da opinião da autora citada acima, Gagliano e Pamplona Filho (2012) buscam entender a natureza jurídica do casamento, e defendem que apesar da participação da autoridade civil na sua formalização, cuja participação, segundo eles, é meramente declaratória, o casamento é um instituto do direito privado, e, apesar do respeito pelos inúmeros autores que pensam de outro modo, afirmam que se trata de um contrato especial de direito de família, não que com isso estejam comparando-o a uma compra e venda ou outro negócio qualquer. Segundo seu entendimento, o casamento, como qualquer ato contratual, tem seu núcleo no consentimento dos contraentes, ainda que tenha um regramento todo especial e peculiaridades não encontradas em nenhum outro negócio contratual.

Assim, esse entendimento de que o casamento seja um instituto do direito privado, é muito bem apropriado, já que seu núcleo é o consentimento e a vontade de duas pessoas de se unirem em matrimônio, não podendo o poder público obrigar esta ou aquela pessoa a se casar com quem quer que seja. O desejo de casar é algo de foro íntimo, que surge no indivíduo, e para se concretizar necessita do consentimento do outro, ficando ao Estado apenas o papel de acompanhar o procedimento e de declarar casados aqueles que atendam aos requisitos impostos pela lei. Aliás, ninguém é obrigado a ter que se casar ou deixar de casar.

1.4 MODALIDADES

Quanto à maneira de se realizar, basicamente existem duas modalidades de casamento, sendo uma, o casamento civil, e outra, o casamento religioso com efeitos civis, no entanto, quanto ao modo de celebração há outras formas especiais prescritas na lei civil e sobre as quais tratam alguns autores.

O casamento civil é aquele realizado perante o oficial do registro civil, sendo solene, e celebrado na presença de duas testemunhas, precedido do devido processo de habilitação para o casamento, em que são observadas diversas formalidades legais. Já ao casamento religioso é aquele celebrado como sacramento perante autoridade religiosa, ao qual a Constituição assegurou os efeitos de casamento civil, bastando apenas o atendimento aos requisitos legais deste (DIAS, 2015).

Apesar de necessária a presença dos contraentes no momento da celebração, o legislador permitiu a possibilidade de casamento por procuração, que deve ser outorgada por instrumento público, com poderes especiais e válida por noventa dias. Deve ela conter a indicação precisa do nome e a correta individualização da pessoa que será recebida em casamento. Não há óbice para que ambos os noivos se casem por procuração. A revogação do mandato para fins matrimoniais também deve ser por instrumento público e deve chegar a tempo ao conhecimento do mandatário ou da pessoa que seria recebida em casamento, sob pena, caso se realize, de responder o mandante por perdas e danos, sendo o ato, anulável segundo a lei (DINIZ, 2014).

Outra forma bastante peculiar de casamento é o nuncupativo, que, diante de uma urgência, como no caso de nubente à beira da morte, a lei autoriza que a celebração seja realizada sem que se cumpram todas as formalidades previstas nos artigos 1.533 e seguintes do Código Civil de 2002. Neste caso, o Oficial do Registro Civil com o despacho da autoridade competente, diante da apresentação dos documentos exigidos pelo artigo 1.525, e independentemente da publicação do edital de proclamas dará aos contraentes a certidão de habilitação para o casamento, sendo possível até mesmo a dispensa da autoridade celebrante. Os próprios nubentes poderão celebrar o ato, diante de seis testemunhas que com elas não tenha parentesco, e em até 10 dias as testemunhas presenciais comparecerão perante o juiz que lhes tomará por termo a competente declaração e instaurará

procedimento para averiguar a inexistência de impedimentos. Preenchidos os requisitos o juiz prolatará sentença, que após o trânsito em julgado será registrada no livro do Registro de Casamentos e o assento assim lavrado retrotrairá quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração (DINIZ, 2014).

Independentemente de qual seja a forma especial de celebração prevista na lei, o casamento deverá sempre respeitar os requisitos da lei civil e ser registrado ou averbado no cartório competente para que surta seus efeitos em relação aos cônjuges e a terceiros, seja ele realizado perante o oficial do registro civil, ou perante a autoridade religiosa, ou por procuração, ou ainda realizado em repartição diplomática, ou mesmo sem a presença de autoridade alguma como pode acontecer no casamento nuncupativo.

1.5 CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

No tocante ao casamento, é importante notar que é possível chegar-se a este pela via da conversão da união estável. Entretanto deve-se ressaltar que estes dois institutos não se confundem apesar das semelhanças e de serem estruturas de convívio originadas, em regra, no afeto.

Enquanto o casamento tem seu marco inicial bem definido na celebração do matrimônio, a união estável não tem esse marco, pois surge da consolidação do vínculo de convivência do casal (DIAS, 2015), e, segundo o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, tem como características a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 226, § 3º, que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, mas diferentemente do que manda o texto constitucional, o Código Civil de 2002 acabou por tornar esta conversão mais difícil do que realizar o casamento diretamente perante o oficial do registro civil, ao exigir que o requerimento seja endereçado ao juiz, conforme texto do art. 1726 do referido código que diz “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Tal providência exigida pelo Código Civil tornou custosa e burocrática a conversão da união estável em casamento, e em razão disso, via de regra, os Tribunais dos Estados acabam editando atos normativos para regulamentar a conversão por meio da via administrativa desburocratizando o procedimento. Cabe

lembrar que a conversão da união estável em casamento só é possível nos casos em que não estejam presentes os impedimentos para o casamento (DIAS, 2015).

Como visto, o constituinte teve clara a intenção de facilitar a conversão da união estável para aqueles conviventes que assim o queiram, porém, tal intenção não foi devidamente observada pelo legislador ordinário, tornando em muitos casos, inviável o pedido de conversão da união estável em casamento, seja pela burocracia ou pelos custos financeiros.

1.6 CAPACIDADE

O casamento, assim como qualquer negócio jurídico para ser válido precisa atender aos requisitos gerais de validade previstos no artigo 104 do Código Civil de 2002, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Dentre estes requisitos, cumpre aqui tratar do que diz respeito à capacidade.

Com a personalidade jurídica toda pessoa é então capaz de direitos e obrigações, isto é, a capacidade de direito. Diferentemente, a capacidade de exercício ou capacidade de fato, consiste na aptidão para exercer pessoalmente seus direitos. Nem sempre esses dois atributos podem estar reunidos numa mesma pessoa, mas estando conjugados temos então a capacidade civil plena para a prática de todos os atos da vida civil. Esta capacidade civil plena ocorre, em regra, com a maioridade aos 18 anos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Portanto para se casar, existe a chamada idade núbil ou idade nupcial (MONTEIRO; SILVA, 2010) a partir dos 16 anos de idade, mas há de se ressaltar que entre 16 e 18 anos os nubentes não possuem ainda a capacidade civil plena, sendo assim, relativamente incapazes, necessitando neste caso de autorização de ambos os pais e na ausência de concordância destes é possível o suprimento judicial do consentimento, conforme prescreve o Código Civil de 2002 em seus artigos 1.517, parágrafo único, 1.519 e 1.631.

Todavia, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.520, apresenta uma exceção à regra da idade núbil, pois ele diz que “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.” Mas há sérias críticas quanto à vigência ou aplicabilidade deste artigo, pois a Lei 11.106/2005

revogou os incisos VII e VIII artigo 107 do Código Penal que previam a extinção da punibilidade nos delitos até então chamados de crimes contra os costumes caso a vítima viesse a se casar com seu algoz, ou ainda, com terceiro, se não tivesse havido grave ameaça ou violência real.

Mesmo não tendo havido a revogação expressa do artigo 1520 do Código Civil, não faz mais nenhum sentido autorizar pessoas absolutamente incapazes a contrair matrimônio. Ainda que seja possível à menor de 16 anos casar-se em decorrência de uma gravidez, não há, segundo Dias (2015), nenhuma justificativa plausível para isso, muito embora haja decisões judiciais em alguns casos específicos, concedendo a supressão de idade a menores grávidas que já vivam em situação de união estável.

No que diz respeito à capacidade para o casamento, Dias (2015), havia dito que a lei tinha se limitado a falar somente em idade, silenciando-se quanto às demais causas incapacitantes que estavam previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 para os demais atos civis, levando a questionamentos quanto ao matrimônio entre pessoas com leves deficiências por exemplo.

No entanto, ainda em 2015, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que alterou vários artigos do Código Civil, inclusive os seus artigos 3º e 4º, assim, segundo a nova redação dada a estes dois artigos, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, e, relativamente incapazes são os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos. E respondendo àquele questionamento quanto a capacidade dos deficientes para se casar, o Estatuto da Pessoa com Deficiência diz o seguinte:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Portanto, como demonstrado acima, em regra, para se casar a pessoa precisa estar na chamada idade núbil, ou seja, necessita contar com no mínimo 16

anos, e neste caso, entre 16 e antes de completar 18 anos precisará do consentimento dos pais ou do suprimento judicial. Já aqueles que tenham 18 anos ou mais, possuem a capacidade civil plena, não precisando de nada disso para se casar com quem desejam, agindo livremente por si só e segundo a sua vontade, independentemente de possuir alguma deficiência ou não.

1.7 IMPEDIMENTOS

Existem casos em que o casamento não pode se realizar em razão dos impedimentos previstos na lei, que vedam a realização do casamento entre certas pessoas, e há também, as causas suspensivas, que diferentemente dos impedimentos, impõem algumas restrições aos contraentes.

Segundo Gonçalves (2010, p. 68), “os impedimentos são [...] circunstâncias ou situações de fato e de direito, expressamente especificadas na lei, que vedam a realização do casamento”. O referido autor afirma ainda, que o Código Civil de 2002 listou apenas como impedimentos, aquelas situações que de algum modo possam ameaçar a ordem pública em decorrência de fatos ou circunstâncias que não poderão ser sanados ou suprimidos, sendo que impedimento não se confunde com incapacidade, pois o impedido não poderá casar-se com determinada pessoa por falta de legitimidade mas poderá desposar outra, diferentemente, o incapaz não pode casar-se com ninguém.

O Código Civil traz os impedimentos listados no artigo 1.521, prescrevendo que não podem se casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

Os impedimentos são vedações para evitar casamentos entre parentes por consanguinidade, por afinidade e por adoção, assim como para evitar a bigamia e uniões formadas a partir do cometimento de crime (GONÇALVES, 2010).

Nos incisos I, II, III, IV, V do artigo 1521, do Código Civil de 2002 estão as

causas impeditivas decorrentes do parentesco, seja civil ou por consanguinidade a fim de se evitar o incesto e suas consequências; já no inciso VI está a vedação do casamento de pessoas casadas, obviamente evitando-se a bigamia; e no inciso VII, de conteúdo moral, veda o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, evitando-se assim uma situação que em regra causaria repulsa no meio social e seria causa de escândalo (GONÇALVES, 2010).

Portanto, os impedimentos são verdadeiras interdições ao casamento entre determinadas pessoas. Os impedidos não podem casar entre si, pois aquele que pretende casar só pode unir-se em matrimônio com pessoa com quem não esteja impedido segundo o que prescreve a lei vigente.

1.8 PROCESSO DE HABILITAÇÃO

O processo de habilitação para o casamento é um procedimento administrativo processado perante o Oficial do Registro Civil, regulamentado pelo Código Civil e pela Lei de Registros Públicos, sobre o qual também podem incidir normas dos tribunais de justiça dos Estados, como por exemplo, no Estado de Rondônia, em que as Diretrizes Gerais Extrajudiciais do Tribunal de Justiça de Rondônia (DJE nº 172 de 16/9/2015) possui uma sessão específica para tratar do casamento e do processamento da habilitação para o casamento e da conversão de união estável.

Dispõe o Código Civil em seu artigo 1525 que ambos os nubentes deverão firmar o requerimento de habilitação para o casamento de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, o qual deverá ser instruído com:

Artigo 1525 [...]: I - certidão de nascimento ou documento equivalente; II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio (BRASIL, 2002).

O requerimento de habilitação deve ser processado perante o oficial de

registro civil da Comarca de um dos nubentes conforme prescrição do artigo 67 da Lei de Registros Públicos.

Ressalte-se que é necessária a audiência do Ministério Público conforme artigo 1526 do CC/2002, não sendo mais necessária a homologação pelo juiz de direito. Estando em ordem a documentação será extraído o edital de proclamas que deverá ser afixado no cartório da comarca de ambos os nubentes e publicado na imprensa local.

Ainda, de acordo com o Código Civil, eventuais impedimentos ou causa suspensivas deverão ser arguidos por escrito, acompanhada de provas ou indicação de onde possam ser obtidas, dando-se ciência de tudo aos nubentes que poderão fazer prova contrária, após o que, serão os autos submetidos ao juiz. No mais, estando em ordem a documentação ou superados os obstáculos o oficial extrairá o certificado de habilitação com validade para 90 dias.

Nota-se que todo esse procedimento administrativo é desencadeado para o fim de verificar se os nubentes estão aptos a se casar, concluindo-se com a expedição da certidão habilitação para o casamento, que permitirá aos noivos celebrarem o casamento dentro do período correspondente aos noventa dias seguintes, sob pena de terem de se submeter novamente ao processo de habilitação caso deixem o prazo de validade da referida certidão expirar.

1.9 CELEBRAÇÃO

Em regra, finalizado todo o processo de habilitação e de posse da certidão expedida pelo oficial do registro civil, os noivos agendarão a tão esperada cerimônia para celebração do casamento, no mais das vezes, com toda a pompa e circunstância característicos desse momento crucial na vida civil de ambos.

É um ato solene, rigorosamente formal, e público, a ser realizado a portas abertas, no local, data e hora designados ou deferidos pelo juiz de paz, autoridade competente para realizá-lo. Este ato solene geralmente acontece nas dependências do Cartório de Registro Civil onde se processou a habilitação para o casamento, podendo também, ocorrer em outro local, de escolha dos noivos, mediante autorização do celebrante. Ressalte-se que faz-se necessário a presença da autoridade celebrante, dos noivos ou procurador com poderes especiais, o oficial de registro civil e duas testemunhas, e caso algum dos nubentes não saiba ou não

possa assinar, deverão então estar presentes quatro testemunhas (DIAS, 2015).

Na cerimônia o celebrante deve perguntar a um e a outro nubente, sucessivamente, se pretendem se casar de livre e espontânea vontade, devendo a resposta ser clara, de forma a não se duvidar de seu conteúdo ou espontaneidade. Em razão da formalidade e solenidade de que revestido o ato da celebração, não se admite brincadeiras, piadas ou titubeios na resposta, sob pena de não se realizar o matrimônio mediante a suspensão do ato (DINIZ, 2014).

Quanto ao momento em que efetivamente se conclui o casamento, DIAS (2015) afirma que apesar das divergências é predominante o entendimento de que o ato se completa mediante o atendimento a dois requisitos, qual seja, a manifestação de vontade dos noivos e a declaração do celebrante, de que estão casados. Seguindo-se à celebração é lavrado o assento no livro de registro civil das pessoas naturais, que será assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo oficial do registro civil. Nesse assento deve constar a qualificação do casal, de seus pais, das testemunhas, dados da habilitação do casamento, regime de bens e o nome a se usar.

O ato da celebração além de formalizar o casamento, é também um marco relevante na vida social do casal, que a partir desse momento gozarão do *status* de casados e terão formada uma família nos moldes tradicionais, com todos os direitos e deveres daí decorrentes, além daquela especial proteção do Estado de que fala Constituição Federal em seu artigo 226, que alcança também todas as demais entidades familiares.

1.10 CASAMENTO HOMOAFETIVO

Quanto ao casamento homoafetivo, que está mais diretamente relacionado ao tema central deste trabalho, cabe aqui, de início, fazer uma pequena observação a fim de situá-lo no contexto jurídico brasileiro na atualidade.

No Brasil, a parcela da população que forma a minoria conhecida por LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), ficou muito tempo num “vazio jurídico” por falta de leis ou amparo judicial. Esta situação tem mudado muito lentamente, mas tem ganhado maior visibilidade nos últimos anos, sobretudo em razão de decisões judiciais, já que o legislador pouco ou quase nada tem feito para garantir o exercício de certos direitos civis por essa parcela do povo, ou ainda,

no mais das vezes, tem trabalhado contra estas pessoas ao propor projetos de leis tendentes a restringir seus direitos.

Ocorre que em maio de 2011, no julgamento da ADI nº 4277-DF e ADPF nº 132-RJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, reconhecendo este, feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Neste julgamento, aplicando a técnica de “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, o STF excluiu do referido dispositivo qualquer significado que possa impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Em razão disso, várias decisões judiciais foram proferidas por magistrados reconhecendo a conversão de união estável em casamento para casais homoafetivos ou reconhecendo o direito à habilitação e celebração direta do casamento entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2011).

No entanto, em alguns locais os pedidos de conversão ou de habilitação para o casamento homoafetivo foram indeferidos sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, além de algumas decisões até com citações bíblicas um tanto estranhas no contexto, como ocorreu num caso julgado em um dos juízos de primeira instância da Justiça de Rondônia (2012). E essa situação perdurou mesmo após a discussão ter chegado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou em 25 de outubro de 2011 um recurso especial (RE 1.183.378-RS/0036663-8) reconhecendo o direito a um casal homoafetivo do Rio Grande do Sul a celebrar o casamento independentemente do sexo das contraentes.

Em razão dessa disparidade nas decisões judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), provocado por meio de um pedido de providências, editou, em maio de 2013, a Resolução nº 175/2013, que prescreve ser vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, e ainda diz mais, que a recusa implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis (DIAS, 2015).

Cabe observar que no texto da Resolução nº175/2013 do CNJ não há penalidade prescrita para o caso de recusa ao seu cumprimento, o texto apenas determina a comunicação ao juiz corregedor para tomar as providências que entender possíveis, já que é a ele quem compete dirimir as dúvidas e questões que envolvam os cartórios extrajudiciais, conforme dispõe a Lei nº 8.935, de 18 de

novembro de 1994, obedecendo ao comando do artigo 236, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Apesar de ser uma realidade no plano social e jurídico, o casamento homoafetivo encontra respeitáveis opositores na doutrina. Diniz (2014), por exemplo, entende que para existir o casamento é necessária a diversidade de sexo, ressaltando a existência da Resolução nº 175/2013 do CNJ, e sobre esta Resolução a autora indaga se seria possível seu texto prever algo que a lei não prescreve.

O casamento homoafetivo frequentemente era usado como exemplo para ilustrar a teoria do casamento inexistente, pois segundo se afirma o casamento em que não haja diversidade de sexo não se amoldaria aos casos expressos de nulidade ou de anulabilidade do casamento, sendo necessário, por isso, recorrer à teoria da inexistência.

Diniz (2014), afirma que a lei não faz menção expressa aos requisitos essenciais do casamento por entender desnecessária a sua enumeração. Assim, cabe à teoria do casamento inexistente apontar a diversidade de sexo, a celebração e o consentimento como requisitos essenciais do casamento, e na ausência de um destes, o casamento seria inexistente por não ter nenhum valor jurídico. Afirma ainda, que o casamento se funda no pressuposto fático da diversidade de sexo sob pena de se ter uma farsa e não um casamento. Diz também que admiti-lo seria um absurdo no estágio atual do direito, contrariando a tradição de longa data ligada ao casamento, e que este não poderia ter qualquer efeito jurídico e tampouco caráter matrimonial.

No entanto, é evidente que os argumentos que exigem a diversidade de sexo para o casamento tem perdido força, até porque o casamento deixou de ter como principal finalidade a procriação, pois como se pode notar a evolução do direito das famílias indica que é nas relações familiares que o indivíduo encontra afeto e busca realizar-se como pessoa.

Além do mais, a reprodução da espécie humana não depende mais exclusivamente do ato sexual entre macho e fêmea, podendo acontecer por diversos métodos de reprodução assistida. Esses métodos de reprodução, assim como a adoção tem permitido que as pessoas que queiram, independentemente do sexo, do estado civil ou das condições biológicas de fertilidade possam ter filhos. Portanto, sem dúvida alguma, não faz muito sentido interditar o exercício de um direito simplesmente invocando a tradição para exigir a diversidade de sexo daqueles que

pretendam formar família pela via do casamento.

1.10.1 Princípios fundamentais e o casamento homoafetivo

No vértice do sistema jurídico estão os princípios constitucionais que orientam todo o ordenamento, devendo ser observados tanto pelo legislador em seu processo legiferante, assim como pelo julgador na interpretação e aplicação das leis ao caso concreto.

Atento à relevância dos princípios constitucionais, Mello (2007), ensina que a violação a um princípio é mais gravosa que a ofensa a uma norma, isto porque a violação a um princípio resulta em ofensa grave a todo o sistema do ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais se tornaram um alicerce normativo sobre o qual está assentado todo o ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2006). Assim, como não poderia deixar de ser, esses princípios também se estendem ao direito das famílias consagrando valores sociais fundamentais.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, se valeu de alguns destes princípios para fundamentar seu relatório favorável ao casamento homoafetivo, citando o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, o princípio da igualdade, do pluralismo familiar, do livre planejamento familiar, da liberdade sexual e o princípio da não discriminação.

A dignidade da pessoa humana é um importantíssimo princípio que constitui o núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, que inclusive, foi também um dos fundamentos utilizados no julgamento da ADI nº 4277-DF e ADPF nº 132-RJ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares.

Sendo uma qualidade intrínseca do indivíduo, a dignidade da pessoa humana é inalienável, irrenunciável, e constitui aquilo que qualifica o homem como tal, dele não podendo ser separado. É partindo do princípio da dignidade humana que o homem é concebido como um fim em si mesmo, não podendo ser visto como meio para outros fins, pois ele não deve ser alvo de instrumentalização, coisificação ou rejeição em razão dos aspectos que lhe conferem sua individualidade, pois:

[...] a noção de dignidade da pessoa humana abrange o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres do gênero humano. Impõe-se, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade, sendo inadmissível qualquer procedimento, comportamento ou atividade que “coisifique” o indivíduo (CHAVES, 2011, s.p.)

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inscrito no inciso III, do artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, e, segundo o Ministro Salomão, exatamente por conta deste princípio não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, isso porque a concepção constitucional de casamento tem que ser plural porque as famílias são plurais, conforme consagrou a própria Constituição. Além do mais o casamento se tornou apenas um intermediário de um propósito maior, “que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade” (BRASIL/STJ, 2011, p. 13).

Da dignidade da pessoa humana decorrem implicitamente o princípio da afetividade e o princípio do direito à busca da felicidade, que norteiam os indivíduos no estabelecimento de suas relações familiares. O direito à busca da felicidade faz com que o indivíduo procure se realizar como pessoa, o direciona no estabelecimento de seu projeto de vida, e o impulsiona a constituir uma família para concretizar esse ideal, independentemente de qual orientação sexual tenha. Portanto, no tocante à sexualidade, se o heterossexual só pode se feliz heterossexualmente, o homossexual só poderá se realizar ou ser feliz homossexualmente (BRASIL/STF, 2011).

Relevante importância também nesse contexto tem o princípio da liberdade, que com o da igualdade, foram os primeiros a serem reconhecidos como direitos humanos fundamentais. E aplicando este princípio no campo do direito das famílias, chega-se à conclusão de que todos têm a liberdade de escolher seu par, independentemente do sexo, assim como têm a liberdade de escolher a modalidade de entidade familiar que julgar mais adequada para constituir sua família. Embasado na liberdade é que a todos é assegurado o direito de constituir uma união estável ou casamento hétero ou homoafetivo, assim como fica assegurado o direito a pôr termo a qualquer uma dessas relações (DIAS, 2015).

A liberdade sexual do ser humano decorre do próprio princípio constitucional da liberdade, sendo, portanto de aplicabilidade imediata conforme estabelece o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, cada um é livre para exercer a sua sexualidade da forma que melhor lhe agrada, desde que com

esse exercício não transgrida a legislação penal ou a liberdade sexual de quem quer que seja. Portanto, essa liberdade de exercício da sexualidade garante os pares homoafetivos o direito ao casamento caso esse seja o caminho escolhido.

O princípio da igualdade que garante a todos o direito a ser diferente, o direito de se autoafirmar, também foi invocado em favor do casamento homoafetivo pelo Ministro Luiz Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378 – RS (BRASIL/STJ, 2011, p. 17), **“em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença”** (grifo do autor).

Não se pode negar aos pares homossexuais o acesso ao casamento sem transgredir o princípio da igualdade porque:

O princípio constitucional da igualdade, erigido sob a premissa específica de impedir tratamentos dissonantes entre os indivíduos serve, de modo evidente, à proteção, à livre expressão da sexualidade. Se todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção como quer a Carta Federal de 1988, não se tolera desrespeitos ou diferenciações por motivos de orientação sexual (CARVALHO, 2012, p. 207).

Ao estabelecer em seu artigo 3º, inciso IV, que promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o relevante princípio da não discriminação, princípio este que também fundamentou o acórdão do Recurso Especial nº 1.183.378 – RS.

Além do mais, a Constituição Federal, em seu artigo 226 consagrou o pluralismo familiar ao reconhecer a existência de vários arranjos familiares, aos quais garante a especial proteção do Estado, consagrou também o princípio do livre planejamento familiar, segundo o qual todos são livres para escolher o modo de constituição de sua família (BRASIL/STJ, 2011).

Consequentemente, em razão da relevância de todos estes princípios constitucionais fundamentais, que são de aplicação imediata, ainda que se desconsidere a Resolução nº 175/2013 do CNJ, já haveria neles razões mais que suficientes a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, como se sabe, na maioria das vezes é no casamento que o indivíduo busca se realizar como pessoa, estabelecendo seus projetos de vida e tentando alcançar a felicidade. Portanto, negar aos homossexuais que queiram se casar a possibilidade de se unir em matrimônio com a pessoa escolhida seria interditá-los à possibilidade de se

realizar como ser humano, ferindo a sua dignidade, seria interditar-lhes o direito à busca da felicidade. Haveria neste caso, graves violações de direitos humanos fundamentais, com afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da não discriminação, do pluralismo familiar, do livre planejamento familiar e da liberdade sexual.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tendo em vista que o tema deste trabalho envolve a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), necessário se faz um estudo acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos, pressupostos e requisitos de constitucionalidade das normas, espécies de controle e uma atenção especial à ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo Silva (2010, p. 557) a jurisdição constitucional surgiu como um mecanismo de defesa “da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”. Isto em razão de violações que a Constituição pode vir a sofrer, o que deu origem a dois sistemas de jurisdição constitucional, qual seja, o sistema americano, de critério difuso e natureza técnico-jurídica, e o sistema europeu de natureza político-ideológica, com a institucionalização de Cortes Constitucionais, únicos tribunais com competência para dirimir conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado.

Inicialmente o Brasil seguiu o sistema americano, mas evoluiu para um sistema misto que combina o critério difuso e o critério concentrado de constitucionalidade, incorporando ainda o controle por ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter tido a sua competência reduzida à matéria constitucional, e de o artigo 102 da Constituição dizer que a este, compete, precipuamente a guarda da Constituição, não o torna propriamente uma corte constitucional típica do modelo europeu. Isso porque ele não é o único órgão competente para exercer a jurisdição constitucional, podendo qualquer juízo ou tribunal conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade por via de exceção, e também porque o STF examinará a questão constitucional com critério técnico-jurídico, sobretudo no julgamento dos recursos extraordinários, que solucionará as questões constitucionais nos casos concretos (SILVA, 2010).

Portanto, no Brasil, o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos pode ser exercido por qualquer tribunal ou juízo, via de exceção, no entanto, o constituinte originário atribuiu ao Supremo Tribunal federal a competência exclusiva para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, via de ação direta, quando lei ou ato normativo, em abstrato, contrariar a Constituição Federal, seja por vício formal ou material, cabendo a ele também

exercer o controle difuso pela via recursal em única ou última instância.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Num ordenamento jurídico como o brasileiro, o controle de constitucionalidade tem grande importância e a fim de melhor compreender esse controle busca-se na doutrina o seu conceito ou sua ideia central.

O controle de constitucionalidade está intimamente relacionado à ideia de supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Remete, ainda, à ideia de rigidez constitucional, sobretudo, no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Note-se que constituições rígidas e controle de constitucionalidade estão intimamente relacionados, a ponto de se poder dizer que uma constituição não será rígida de modo algum se não houver um meio de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos. Isso porque sem o mecanismo de controle o legislador ordinário teria um poder ilimitado em suas mãos (MORAES, 2008).

Conforme ensinam Araújo e Nunes Júnior (2008) as Constituições rígidas, instituem uma pirâmide normativa, em cujo ponto mais alto está a própria Constituição. Ela cria uma relação piramidal de hierarquia com as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, sendo que estas normas devem com ela ter uma relação de lealdade, que se traduz num dever de compatibilidade vertical, tanto formal, quanto material.

Em razão dessa hierarquia é que a Constituição é reconhecida como a mais alta expressão jurídica da soberania, e por isso, o órgão legislativo que tem sua competência originada da Constituição, não pode introduzir no ordenamento jurídico leis que contrariem as disposições constitucionais, porque seriam elas inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida (BONAVIDES, 2006).

A relação de hierarquia obedece dois parâmetros específicos. O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais que instruem o processo legislativo, devendo ser rigorosamente observadas na criação dos atos normativos e sua inobservância gera a inconstitucionalidade formal. Já o parâmetro material diz respeito ao conteúdo das normas constitucionais, assim, o conteúdo ou objeto dos atos normativos não pode contrariar a matriz constitucional, caso isso ocorra, ter-se há uma inconstitucionalidade material (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

Na tentativa de conceituar controle de constitucionalidade, assevera Moraes (2008, p. 701) que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.” Ele ensina ainda, que no sistema constitucional pátrio apenas normas constitucionais positivadas servem de paradigma para analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, no entanto deve-se ressaltar que para garantir a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais deverá se fazer uso da técnica de interpretação conforme, técnica esta, em que o intérprete deverá priorizar, sempre que possível o significado que melhor se compatibilize com a norma constitucional, sem excluir do ordenamento o ato normativo submetido a exame.

Portanto, o controle de constitucionalidade serve para verificar se determinada lei ou ato normativo são compatíveis ou não com a Constituição, e isto é de suma importância para manter o sistema jurídico íntegro. É por meio desse controle de constitucionalidade que se identifica um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal ou material e o extirpa definitivamente, se for o caso, do ordenamento jurídico, mantendo-se assim o império da Constituição sobre as demais normas.

2.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

A fim de se firmar um melhor entendimento sobre constitucionalidade de leis e atos normativos, é necessário também saber quais são os pressupostos de constitucionalidade, assim como os requisitos a serem observados para se obter um ato normativo compatível com a Constituição.

O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de uma constituição rígida, formal e escrita, assim como um escalonamento normativo, em que a Constituição esteja em patamar de superioridade em relação às demais normas, pois é nela que deverá o legislador ordinário encontrar a forma de elaboração das leis, assim como o seu conteúdo. Pressupõe, ainda, a existência de um órgão competente para o exercício do controle de constitucionalidade, que assegurará efetivamente a supremacia da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Como assevera o referido autor, não existirá controle de constitucionalidade caso não exista a rigidez e a supremacia constitucional:

Assim, rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles. Desse modo, a idéia de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público surge como decorrência lógica da noção de rigidez constitucional. Deveras, se no sistema das Constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão-somente mediante os processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria Constituição, segue-se logicamente que toda lei ordinária contrária à Constituição não pode ter validade, é radicalmente nula, é inconstitucional, devendo ser expulsa do ordenamento jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 40)

Quanto aos requisitos de constitucionalidade, são eles classificados em requisitos formais e requisitos materiais. Os requisitos formais estão relacionados ao processo legislativo, ou seja, a edição ou criação de uma das espécies normativas deve obedecer criteriosamente o procedimento legislativo constitucional previsto nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal. Caso o processo legislativo se inicie sem observância do poder de iniciativa, ter-se há um vício formal subjetivo de iniciativa. Já os requisitos formais objetivos estão relacionados às outras duas fases do processo legislativo, a constitutiva e a complementar, que devem observar o trâmite prescrito nos artigos 60 a 69 da Constituição. E por fim, os requisitos materiais ou substanciais de constitucionalidade dizem respeito à compatibilidade material, ou seja, de adequação do conteúdo substancial da norma com a lei suprema do ordenamento jurídico (MORAES, 2008).

A inobservância ou falta de um desses requisitos resulta em inconstitucionalidade formal ou inconstitucionalidade material do ato normativo. Será o caso de inconstitucionalidade formal do ato normativo quando este for maculado por vícios formais, que se traduzem no defeito de formação decorrente de inobservância de princípios ou regras de ordem técnica ou procedimental, ou ainda, por não se observar as regras de competência de iniciativa para deflagração do processo legislativo (MENDES; BRANCO, 2014).

De outro modo, será o caso de inconstitucionalidade material quando o próprio conteúdo substancial do ato normativo estiver em conflito com regras ou princípios da Constituição. Certo é, que, para ser considerado constitucional, o ato normativo deve ter compatibilidade com os fins constitucionalmente previstos e observar o princípio da proporcionalidade no tocante à adequação e a necessidade do ato, sem que tenha havido desvio ou excesso do poder legislativo (MENDES; BRANCO, 2014).

Além da inconstitucionalidade formal e da inconstitucionalidade material, que

são formas de inconstitucionalidade por ação, existe ainda, a inconstitucionalidade por omissão, introduzida no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988. Essa omissão estará configurada quando qualquer um dos Poderes, ou qualquer autoridade, tem o dever constitucional de disciplinar determinada matéria e não o faz (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

Conforme foi visto, a Constituição Federal tratou de estabelecer certos requisitos formais e materiais que devem ser observados no processo legislativo, sob pena de se incorrer na edição de atos normativos incompatíveis com as regras ou princípios constitucionais, caso em que precisarão ser expurgados do ordenamento jurídico por meio do exercício do controle de constitucionalidade.

2.3 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto no início deste capítulo, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade com características do modelo americano e do modelo europeu. Cumpre agora estudar as espécies de controle de constitucionalidade ou classificações dadas pela doutrina.

Quanto ao momento em relação ao ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico o controle pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo visa impedir a entrada ou surgimento de norma inconstitucional no ordenamento jurídico, enquanto o controle repressivo objetiva expurgar a norma editada em desconformidade com a Constituição (MORAES, 2008).

Para o surgimento de qualquer espécie normativa, é necessária a observância do devido processo legislativo previsto na Constituição Federal, assim, esse controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo que atuam dentro do processo legiferante (MORAES, 2008).

O Poder Legislativo exerce este controle por meio de suas comissões permanentes de constituição e justiça, cuja atribuição principal é analisar a compatibilidade da proposta de emenda constitucional ou de projeto de lei à Constituição Federal, mas o controle preventivo também pode ser exercido pelo plenário da respectiva casa legislativa quando esta tem a possibilidade de rejeitar o projeto de lei ou proposta de emenda maculada por inconstitucionalidade (MORAES, 2008).

Já o Poder Executivo, que na finalização desse processo legiferante tem a

função de sancionar ou vetar os projetos de leis editados pelo Poder Legislativo, exerce preventivamente o controle de constitucionalidade, quando o Presidente da República tem a oportunidade de vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, por entendê-lo inconstitucional, devendo, neste caso o Presidente, expor os motivos do seu veto a fim de que o Congresso possa examiná-lo (MORAES, 2008).

Via de regra, o controle repressivo de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário, mas, segundo Moraes (2008), há duas exceções em que o Poder Legislativo exerce o controle repressivo. A primeira refere-se ao artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, que prescreve ao Congresso Nacional a competência para sustar atos normativos do poder executivo que extrapolem os limites da delegação legislativa ou que vão além de seu poder regulamentar. A segunda hipótese, prevista no artigo 62 da Constituição Federal, diz respeito à possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória com base em inconstitucionalidade apontada no parecer de comissão temporária mista. Justifica-se que seja controle repressivo porque as medidas provisórias têm vigência imediata, com força de lei.

No sistema brasileiro de controle repressivo de constitucionalidade há dois modos de controle judicial, um por via de exceção (defesa) e outro por via de ação. Essas duas técnicas de controle de constitucionalidade inseridas e empregadas no sistema brasileiro indicam de certo modo uma evolução doutrinária e institucional que merece ser notada (BONAVIDES, 2006).

No tocante à conjugação destes dois modos de controle de constitucionalidade referidos acima, Bonavides (2006, p. 325) faz a seguinte observação, especialmente, quanto a utilização da via de exceção:

Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderadamente, desde a Constituição de 1981, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais. Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do francês, inclinado, pelo seu teor político a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limites à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação dos poderes.

Nota-se portanto, ser benéfico esse sistema misto adotado pelo Brasil, sobretudo por permitir pela via de exceção uma maior possibilidade de defesa dos

direitos fundamentais por parte do cidadão em relação ao poder público, pois como se verá a seguir a via de exceção é aplicada entre as partes no caso concreto.

A via de exceção, também pode ser chamada de via difusa, indireta ou de defesa, em que o controle de constitucionalidade é exercido numa situação concreta, dentro de um processo, em que a parte interessada busca se defender da incidência da norma, a seu ver, inconstitucional, por meio da prestação jurisdicional, cuja decisão terá efeito apenas entre as partes envolvidas na lide (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

Na via difusa qualquer juízo, diante do caso concreto poderá conhecer e declarar a inconstitucionalidade da norma. Por essa via, a discussão da inconstitucionalidade pode ser levada pela parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, quer seja pela sua competência originária quer seja pela via recursal. Ao julgar a matéria, a decisão somente fará coisa julgada entre as partes envolvidas. E mesmo que declarada a inconstitucionalidade da norma pelo STF, isto por si só não determina que a norma seja expulsa do ordenamento jurídico, cabendo ao STF comunicar a decisão ao Senado Federal, que tem a faculdade, segundo prescreve o artigo 52, X, da Constituição Federal, de suspender a execução da norma por meio de resolução própria (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

O controle concentrado, também nominado de controle em abstrato ou por via de ação direta, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16, de 6/12/1965, que deu ao STF a competência para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, cuja iniciativa de representação era exclusiva do Procurador-Geral da República (MORAES, 2008).

Pelo controle concentrado é que se busca obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para fins de invalidação da lei e segurança das relações jurídicas, ou ainda, pode ser buscada a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo, isto porque no sistema de controle concentrado atual, a ação direta de inconstitucionalidade genérica não é a única espécie a existir, há ainda, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e, por último, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas previstas no texto constitucional (MORAES, 2008).

Assim, nota-se que a Constituição propiciou mecanismos para evitar a edição

de normas incompatíveis com ela, mecanismo estes que se efetivam por meio do controle preventivo de constitucionalidade, exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo durante o processo legiferante.

Além do mais, a Constituição estabeleceu um sistema misto de controle repressivo de constitucionalidade, consistente no controle repressivo de em abstrato e no concentrado. O primeiro, o controle em abstrato ou via de exceção, faz coisa julgada entre as partes afastando delas a incidência da norma inconstitucional. E o segundo, o controle concentrado ou via de ação direta, em que a norma constitucional é extirpada do ordenamento jurídico ante a declaração de sua inconstitucionalidade ou ainda, é firmada no ordenamento mediante a declaração de sua constitucionalidade.

2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Das ações de controle concentrado de constitucionalidade mencionadas no tópico anterior, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, terá especial atenção neste tópico em razão de sua relação com o tema central deste trabalho.

A Constituição Federal trata da ação direta de inconstitucionalidade, em primeiro plano, como aquela ação cujo objetivo é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no entanto atribui o mesmo instrumento para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, assim como viabiliza o pronunciamento de inconstitucionalidade pela via interventiva (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

É cabível a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital desde que no exercício de sua competência equivalente à estadual. Inclui-se no objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, assim como todos os atos revestidos de conteúdo normativo, devendo entender-se por atos normativos as resoluções administrativas dos tribunais, as deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário, assim como atos estatais de caráter normativo, que não tenham efeitos concretos (MORAES, 2008).

A legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade possui peculiaridades muito singulares, pois não se submete às regras processuais comuns às demais ações. A ação direta de inconstitucionalidade produz uma relação

processual especial, em que não existe polo passivo, pois trata-se de um processo objetivo com o único propósito de defesa da Constituição. E foi a Constituição Federal de 1988 que tratou de ampliar o rol de legitimados para propositura da ação, possibilitando uma discussão mais aberta e tornando mais democrático o uso do controle concentrado de constitucionalidade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

Dispõe o artigo 103 da Constituição Federal de 1988 que:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I o Presidente da República; II a Mesa do Senado Federal; III a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI o Procurador-Geral da República; VII o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII partido político com representação no Congresso Nacional; IX confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. [...]

Diante de tão extensa lista de legitimados tem-se a nítida impressão de que o constituinte intencionalmente quis reforçar o sistema de controle concentrado das normas como um importante instrumento para proteção do ordenamento jurídico e defesa da Constituição. Ainda, no tocante à legitimação, há uma outra peculiaridade, em que o Supremo Tribunal Federal entende que aqueles referidos nos incisos I a VII do artigo 103 da Constituição Federal além de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, possuem capacidade postulatória especial para subscrever a petição inicial sem a assistência de advogado (MENDES; BRANCO, 2014).

De outro modo, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional e partidos políticos, são legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, necessitando, no entanto, da assistência de advogado, devidamente constituído com procuração, com finalidade específica para propositura da ação, em que deve constar expressamente a indicação das normas a serem impugnadas (MENDES; BRANCO, 2014).

A ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo que seja incompatível com a ordem constitucional, e tendo em vista sua natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência. Outra peculiaridade própria da ação direta de inconstitucionalidade é

que ela não se sujeita aos prazos de prescrição ou decadência, até porque os atos inconstitucionais não se convalidam pelo decurso do tempo (MORAES, 2008).

Conforme previsão constitucional compete ao Advogado-Geral da União a defesa da lei ou ato normativo impugnado pela via de ação direta, atuando como curador especial do princípio da constitucionalidade das leis e atos normativos, sendo admitida a exceção pelo STF quando houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade da matéria impugnada. No mais, é de se ressaltar que o procedimento a ser seguido na ação direta de inconstitucionalidade é estabelecido pela Lei 9.868/99, devendo ser aplicado subsidiariamente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2008).

Por todo o exposto, considerando que a ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento apropriado para impugnar leis ou atos normativos eivados de inconstitucionalidade, e que, como visto logo acima, as resoluções administrativas dos tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário podem ser incluídas no conceito de ato normativo, chega-se à conclusão lógica de que resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça que por ventura sejam inconstitucionais devem ser impugnadas por via de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Tendo em vista que o tema deste trabalho envolve a dúvida relacionada à constitucionalidade da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), se faz necessário neste capítulo um estudo sobre a origem desse órgão que expediu a mencionada norma, assim como a sua natureza jurídica, as suas competências, as suas atribuições e os seus limites de atuação.

3.1 NOÇÕES HISTÓRICAS

Antes de se falar especificamente do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, se faz necessário contextualizar, de forma breve, o surgimento dos primeiros Conselhos de Justiça, abordando os motivos que levaram os primeiros países a idealizar e criar tais órgãos.

A ideia dos conselhos de justiça tem origem nos processos de independência do Poder Judiciário na Europa, ganhando especial destaque na França e na Itália, onde o Judiciário, em razão de sua própria história estava bastante desgastado pela sujeição ao poder real e posteriormente ao poder executivo, maculado por corrupção e pelos desmandos destes poderes. Mas graças às revoluções constitucionais essa independência vem chegando, ainda que muito custosa e lenta. Nesse contexto, em 1883 a França deu o primeiro passo com a criação de um conselho com a função de apreciar aspectos disciplinares da judicatura, seguida da Itália, com a criação do Conselho da Magistratura cujas funções estavam relacionadas à seleção, transferência e promoção de magistrados (SAMPAIO, 2007).

Seguindo-se a isso, a França com sua Constituição de 1946 instituiu como órgão autônomo, o Conselho Superior da Magistratura, com o dever de garantir a independência do Poder Judiciário cuidando das questões de disciplina e seleção de juízes. Depois, a Itália, por meio de sua Constituição, em 1947, criou o Conselho Superior da Magistratura com a missão de promover o autogoverno do Judiciário. Tanto na França como na Itália os Conselhos Superiores da Magistratura eram compostos por representantes do Judiciário e do Parlamento, cabendo a presidência ao chefe do Poder Executivo e a vice-presidência ao ministro da Justiça. Foram estes dois conselhos que serviram de inspiração para o desenvolvimento da ideia e criação de conselhos da magistratura em muitos outros países (SAMPAIO, 2007).

Ainda, segundo Sampaio (2007), há dois grandes modelos de Conselhos de Justiça, o latino-europeu de origem franco-italiana, e o nórdico-europeu. No modelo latino-europeu há uma forte ligação entre o Executivo e o Judiciário e a sua função é cuidar do ingresso na magistratura e das questões disciplinares. Já no modelo nórdico-europeu os conselhos têm uma maior independência do Executivo, exercendo atribuições de autogoverno do Judiciário.

Conforme indica Mendes e Branco (2014), a maioria dos países da América Latina adotaram sistemas mistos, com características dos dois modelos, para administração e governo dos tribunais como garantidores da independência da judicatura. Esses Conselhos de Magistratura na América Latina foram instituídos pelas suas Constituições, com diferentes modelos de organização, mas tendo em comum as seguintes características: integram a estrutura do Poder Judiciário; são órgãos colegiados, de composição plural; têm atribuições de administração dos órgãos jurisdicionais; e ainda, têm a missão de assegurar ao Judiciário a autonomia e a independência.

No Brasil, uma emenda constitucional de 1975 introduziu na Constituição de 1967/1969 o Conselho da Magistratura, com suas funções disciplinadas pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) e integrado apenas por Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo basicamente atribuições de caráter correicional. No entanto, o Conselho não atingiu o seu objetivo, ficando mais no papel e na intenção. Já na Assembleia Nacional Constituinte chegou-se a debater a ideia de um conselho nacional, mas essa ideia não prosperou. Apesar disso, a Constituição de 1988 acabou por valorizar a independência e pleno governo do Poder Judiciário, e finalmente em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45/2004 veio a reforma do Judiciário e a criação do Conselho Nacional de Justiça (SAMPAIO, 2007).

Como visto os Conselhos de Justiça surgiram inicialmente na Europa para assegurar a independência do Poder Judiciário e promover sua governança e administração de forma mais autônoma. E tendo por base os modelos de conselho criados na Europa, os países da América Latina também criaram seus respectivos conselhos como órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, de composição mista, ou seja, formado não só por membros da magistratura.

Entretanto, no Brasil a efetivação da criação de um Conselho Nacional de Justiça demorou muito para acontecer. O poder Judiciário, com a Constituição de

1988, já era bastante independente e havia o receio da criação de um órgão de controle que pudesse interferir em sua independência, administração e autonomia já consolidada. A criação, as características e atribuições deste conselho serão apresentadas a seguir.

Assegurar a independência do Judiciário era algo muito necessário para garantir aos seus órgãos a liberdade e segurança para tomar decisões administrativas ou de caráter jurisdicional com base em suas convicções e fundamentadas no ordenamento jurídico, sem receio de pressões ou represálias dos outros poderes ou de quem quer que seja. Esta independência deve ser garantida por normas constitucionais e por práticas políticas aptas a produzirem esse resultado. Ao que parece, a criação dos conselhos de justiça tem servido para se alcançar, manter e aprimorar esse fim.

3.2 EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45/2004 E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

A Emenda Constitucional nº 45/2004, promoveu a chamada Reforma do Poder Judiciário no Brasil trazendo significativas mudanças tanto na estrutura como no funcionamento deste poder. Essa emenda atingiu parte do texto constitucional, alterando a redação de alguns artigos e criando outros, renovando e ressaltando a importância da função jurisdicional do Estado.

Dentre as muitas mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 podem ser destacadas as seguintes: no tocante ao ingresso na magistratura passou a constar expressamente no texto constitucional a exigência do bacharelado em direito, acrescentando a exigência de, no mínimo três anos, de atividade jurídica; para o vitaliciamento do magistrado no cargo, passou a ser exigido, além do cumprimento dos dois anos do estágio probatório, também, a participação obrigatória em curso próprio de formação e aperfeiçoamento, como etapa do processo de vitaliciamento a que deve se submeter todos os magistrados; estabeleceu critérios para a remoção e permuta de magistrados, exigindo-se no caso de remoção por interesse público, a manifestação do tribunal por maioria absoluta, garantida a ampla defesa, e para a permuta ou remoção a pedido, deve ser observada também a manifestação do tribunal por maioria absoluta atendidos os requisitos de antiguidade e merecimento; também inovou ao ampliar o rol de

legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, que passou a ser o mesmo rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; e na Justiça do Trabalho houve mudanças muito significativas também, pois a emenda ampliou sua competência para julgar as causas relativas às relações de trabalho, e não só de emprego, como era até aquele momento, e ainda, reorganizou a estrutura da Justiça do Trabalho.

Outra grande inovação provocada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e também, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este, introduzido na estrutura constitucional do Poder Judiciário, como órgão de cúpula de seu controle administrativo e financeiro.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem sede na Capital Federal, e sua área de atuação abrange todo território nacional. Inserido na estrutura do Poder Judiciário, no entanto, o CNJ não possui funções jurisdicionais (MORAES, 2008).

A emenda constitucional que o criou, introduziu no artigo 92 da Constituição Federal de 1988, o inciso I-A, em que consta o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão do Poder Judiciário:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I o Supremo Tribunal Federal; **I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)** II o Superior Tribunal de Justiça; III os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV os Tribunais e Juízes do Trabalho; V os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI os Tribunais e Juízes Militares; VII os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A composição do CNJ é híbrida, pois é formada não só de membros oriundos da magistratura, o que de início levantou questionamentos sobre a interferência dos outros poderes no Judiciário comprometendo sua independência, mas o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de salientar que esta composição híbrida não compromete a independência do Judiciário porque o Conselho não julga causa alguma, e também não tem competência que possa interferir na função jurisdicional, além do mais, a composição, saliente-se, minoritária, de membros alheios ao corpo da magistratura, viabiliza o fim do corporativismo e aproxima mais a sociedade e o Poder Judiciário (MORAES, 2008).

Como exposto acima, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no texto constitucional o artigo 103-B, que trata especificamente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sua composição híbrida, assim como sua competência. Posteriormente, esse novo artigo sofreu uma alteração provocada pela Emenda Constitucional nº 61/2009, assim, o artigo 103-B ficou com a seguinte redação:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela

Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 6º Junto ao Conselho oficialiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

A Emenda Constitucional nº 61/2009 modificou pouco o texto do artigo 103-B, no entanto essa alteração era necessária, pois antes havia a menção de que o Conselho deveria ter em sua composição um Ministro do STF que ficaria livre da distribuição de processos no Tribunal e este Ministro seria o presidente do Conselho. Com a emenda o Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ser necessariamente membro e presidente do CNJ, sendo substituído em suas ausências e impedimentos pelo Vice-Presidente do STF o que também acabou por isentar o Presidente do Supremo de submeter à nova sabatina pelo Senado Federal, pela qual devem se submeter os demais membros do Conselho (MENDES; BRANCO, 2014).

Como pode ser notado pelo que foi exposto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe boas inovações, como a garantia da duração razoável do processo, e a reestruturação da Justiça do Trabalho. Também provocou mudanças atinentes ao Ministério Público e às Defensorias Públicas, ao que parece, muito benéficas a estas instituições. Mas parece que a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão de cúpula do controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes veio em muito boa hora, trazendo consigo a expectativa de renovação, de transparência e moralização do Poder Judiciário, sobretudo ao atribuir ao CNJ, dentre outras, a competência para zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, sua composição híbrida com pessoas vindas de fora da magistratura, que tanto foi atacada de início, na verdade foi benéfica ao permitir uma atuação mais isenta do Conselho, e garantindo de certo modo, uma participação mais democrática na tomada de decisões relevantes para o Poder Judiciário e sua interação com a sociedade.

3.3 ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Para que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possa atingir o seu objetivo de exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu constitucionalmente suas principais atribuições, deixando margem para que o Estatuto da Magistratura possa lhe atribuir outras competências.

As atribuições constitucionais do CNJ estão contidas no artigo 103-B, da Constituição Federal, transcrito integralmente no tópico anterior. Sampaio (2007), classifica estas atribuições como atribuições políticas, administrativas, correicionais, disciplinares, informativas e propositivas ou opinativas.

As atribuições políticas são aquelas atinentes ao zelo pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. São elas as seguintes: a) as atribuições de planejamento, que dá ao Conselho o papel de gestor estratégico dos recursos humanos, administrativos, financeiros e logísticos do Poder Judiciário, cabendo-lhe o planejamento estratégico de metas e programas de avaliação institucional, procurando melhorar a eficiência, a racionalização, a produtividade e o acesso à justiça; b) as atribuições de defesa da soberania judiciária, em que o CNJ deve adotar as medidas necessárias contra ameaças ou violações em defesa dessa

soberania; c) a atribuição regulamentar, que também se enquadra nas atribuições políticas será melhor estudada logo mais adiante; d) as atribuições mandamentais para garantia das funções do Conselho, em que suas recomendações de providências tem sentido de ordem para os servidores e integrantes do Judiciário, cujo descumprimento deve acarretar em sanções, e para as autoridades públicas externas obriga a diligências e respostas; e) e atribuições de economia interna que estão relacionadas às questões de sua própria administração (SAMPAIO, 2007).

Quanto às atribuições de controle administrativo cabe ao CNJ zelar para que o Poder Judiciário e os serviços notariais e registrais observem as prescrições do artigo 37 da Constituição Federal, podendo determinar ou recomendar providências, e até mesmo regulamentando o assunto, conforme entendimento do STF. Quanto ao controle dos atos administrativos o Regimento Interno do CNJ estabelece um rito próprio com aplicação subsidiária da Lei 9.784/1999, rito este informado pelos princípios da oficialidade, do formalismo mitigado, da gratuidade, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da participação social, da celeridade, da fundamentação ou motivação, e o princípio de *pas de nullité sans grief* (SAMPAIO, 2007). No exercício dessa atribuição de controle administrativo, segundo Moraes (2008), cabe ao Conselho analisar a legalidade, mas não o mérito dos atos administrativos praticados pelos órgãos ou membros do Judiciário, com a possibilidade de desconstituição ou de revisão destes atos.

No tocante às atribuições de ouvidoria compete ao CNJ receber as reclamações e denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários, assim como as relativas aos serviços notariais e registrais. Já as atribuições correicionais e disciplinares envolvem as atribuições para a sindicância, a reclamação disciplinar, a representação por excesso de prazo injustificado, o processo disciplinar, o pedido de avocação, o processo de revisão disciplinar e as inspeções e correições. Por seu turno, a atribuição sancionatória é consequência da atribuição disciplinar, cabendo ao Conselho, no julgamento de processo disciplinar, assegurada ampla defesa, aplicar dentre outras sanções administrativas, as sanções de remoção, de disponibilidade ou de aposentadoria com subsídios ou vencimentos proporcionais. A atribuição sancionatória alcança membros do judiciário, seus servidores, assim como os delegatários dos serviços notariais e registrais (SAMPAIO, 2007).

A atribuição informativa e propositiva é aquela que o CNJ exerce, por exemplo, ao elaborar seu relatório semestral com dados estatísticos sobre processos e

sentença nos diferentes órgãos do Judiciário, e também ao elaborar o relatório anual que integra a mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional expondo a situação do Judiciário nacional e sugerindo providências, ou ainda quando cumpre seu dever de informar ao órgão competente sobre eventuais irregularidades, que não sejam de sua competência, constatadas no curso de seus processos ou no exame de representações. (SAMPAIO, 2007).

Como visto, a Constituição Federal de 1988 deu ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um amplo repertório de atribuições, tudo isto para que ele exerça em todo o território nacional o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, assim como dos serviços notariais e registrais. Estas atribuições todas devem servir para garantir a consolidação de um Judiciário mais eficiente, produtivo, transparente e coerente com seu dever constitucional perante a sociedade e demais poderes.

3.4 LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Dado o extenso rol de atribuições conferidas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), se faz necessário um breve estudo acerca dos seus limites de ação, até porque alguns dos preceitos inseridos em suas atribuições são bastante amplos.

Segundo Moraes (2008), o CNJ tem sua atuação constitucional direcionada para duas relevantes vertentes, sendo uma, o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, e outra, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. No entanto, todo esse controle administrativo centralizado de legalidade deve ser efetivamente realizado sem prejuízo dos controles administrativos de cada tribunal e do controle pela via judicial.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) atua como órgão administrativo hierarquicamente superior ao exercer sua função correicional e disciplinar dos órgãos, membros e serviços do Poder Judiciário, cabendo-lhe neste caso, analisar tanto a legalidade quanto o mérito de eventuais faltas funcionais que cheguem ao seu conhecimento. Por outro lado, no exercício da função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o CNJ tem a possibilidade de revisão ou desconstituição dos atos administrativos, mas poderá tão somente analisar a legalidade do ato administrativo discricionário, e não o seu mérito, pois o juízo de conveniência e oportunidade do ato cabe ao membro ou órgão judiciário competente.

No entanto, em se tratando de ato administrativo vinculado, o CNJ deve exercer pleno controle, pois estes atos têm todos os seus elementos determinados pela lei (MORAES, 2008).

A vedação ao CNJ para analisar o mérito dos atos administrativos discricionários não deve ser absoluta, porque mesmo o ato discricionário está vinculado ao império da lei e da Constituição, isto porque o membro ou órgão do judiciário, como administrador, ao editar um ato discricionário deve seguir os requisitos de competência, forma e finalidade, e ainda deve observar a realidade dos pressupostos invocados para a sua edição. Diante da aplicação da teoria relativa ao desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes, que devem ser respeitadas pela administração, o Conselho pode rever o ato administrativo toda vez que o órgão administrativo do tribunal editar um ato com desvio de finalidade ou com uso indevido dos critérios de conveniência e oportunidade, assim como quando o órgão administrativo usa pressupostos de fato e de direito inexistentes ou falsos para motivar o ato (MORAES, 2008).

Portanto, o CNJ tem absoluta liberdade para exercer seu poder correicional e disciplinar em todos os órgão e serviços do Poder Judiciário, à exceção é claro do Supremo Tribunal Federal (STF), já que inclusive, os atos do Conselho podem ser submetidos à apreciação jurisdicional do STF. Do mesmo modo, no exercício do controle administrativo e financeiro do poder Judiciário, tem competência plena para analisar a legalidade e moralidade dos atos administrativos dos tribunais e seus serviços, com certa restrição quanto aos atos administrativos discricionários, que não poderão ser analisados em seu mérito pelo Conselho, a não ser caso tenha havido na edição do ato, desvio de finalidade, desrespeito à forma e à competência prescrita pela lei, ou ainda, caso motivado por pressupostos de fato e de direito falsos ou inexistentes.

3.5 COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

De todas as competências atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a competência regulamentar talvez seja uma das mais questionadas sob a alegação de invasão da competência legislativa atribuída ao Congresso Nacional, e justamente fazendo uso desta competência que o CNJ expediu a resolução sobre a

qual paira a controvérsia objeto de análise neste trabalho.

Esta competência está prevista no inciso I, do parágrafo 4º, do artigo 103-B, da Constituição Federal, que diz que compete ao Conselho Nacional de Justiça “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo **expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências” (grifo nosso).

Segundo Sampaio (2007), o poder regulamentar implica em disciplina interna de funcionamento, sem que se traga inovação à ordem jurídica, tornando a lei mais exequível, num processo de integração normativa, devendo ser exercido com o máximo de cautela para não invadir competência alheia.

O poder regulamentar tradicionalmente é objeto de estudo no âmbito do direito administrativo, em que é visto como um dos poderes da administração pública. Meirelles, *et. al.* (2014), ensina que o poder regulamentar é a faculdade conferida aos chefes do poder executivo para explicar a lei facilitando a sua execução, sendo, portanto, a faculdade de expedir decretos autônomos em matérias de sua competência que ainda não tenham sido disciplinadas por lei, sendo o regulamento, um ato administrativo geral e normativo, mas que não pode inovar, ou seja, não pode criar direitos ou deveres.

Carvalho Filho (2012), diz que o poder regulamentar é conferido aos órgãos que tenham a incumbência de gestão dos interesses públicos, sendo assim, os regulamentos são atos de natureza secundária ou derivada, ou seja, somente são editados à luz de lei preexistente, diferentemente das leis, que são atos de natureza originária ou primária, por emanarem diretamente da Constituição. Diz ainda, que a Constituição atribui a determinados órgãos a produção de atos, que assim como as leis, tem natureza primária, porque emanam diretamente da Constituição. Ressalta ainda, que a atribuição conferida ao CNJ para expedir “atos regulamentares no âmbito de sua competência”, não se enquadra como o verdadeiro poder regulamentar, isto porque os atos expedidos pelo CNJ no exercício desta atribuição tem por finalidade regulamentar a Constituição, sendo portanto, atos autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar hierárquico das leis.

Acerca desta competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12 teve a oportunidade de se manifestar ao julgar a Resolução nº 7 do CNJ, que dispõe sobre a vedação à prática do nepotismo no

âmbito do Poder Judiciário. Ao decidir o pedido liminar feito na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12, o STF entendeu que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao CNJ poder normativo primário para dispor sobre as matérias de sua competência, sob o argumento de que o mesmo retirou o fundamento de validade da Resolução nº 7, diretamente da Constituição Federal. No mesmo julgamento, fica evidenciado o entendimento de que a Constituição atribuiu competência legiferante ao Conselho, podendo este, dentro de sua área de atuação editar ato normativo abstrato e autônomo, portanto, ato normativo primário, assim como as leis.

Assim sendo, diante do entendimento firmado pelo STF, e também de parte ainda que minoritária da doutrina, observa-se que a competência regular do CNJ tem origem na própria Constituição Federal, e diferencia-se do poder regulamentar geral da administração pública, já que o Conselho não retira da lei os fundamentos de validade de seus atos normativos, mas sim, da própria Constituição Federal e de seus princípios. A expressão “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência e recomendar providências” inserida no artigo 103-B, parágrafo 4, inciso I, da Constituição Federal, é muito difícil de ser delimitada, até porque as competências do Conselho para alcançar seus objetivos constitucionais são bastante amplas também. Como se sabe, à exceção do Supremo Tribunal Federal, os demais órgãos do Poder Judiciário, assim como seus serviços auxiliares, incluindo-se os serviços registrares e notariais dos cartórios extrajudiciais estão sujeitos ao controle do CNJ.

3.6 RESOLUÇÃO nº 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E O CASAMENTO HOMOAFETIVO

Antes que o Conselho Nacional de Justiça editasse a sua Resolução nº 175/2013, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, ocorreram relevantes fatos que certamente influenciaram na decisão de expedir tal resolução.

O primeiro e mais relevante fato, ocorreu em 5 de maio de 2011, e foi o julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277-DF em que a Procuradoria-Geral da República pedia a declaração de que

fosse obrigatório no Brasil o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares com o mesmo tratamento e os mesmos direitos e deveres da união estável entre homem e mulher desde que atendidos os requisitos para a constituição desta. E a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ, em que o Governador do Estado do Rio de Janeiro arguiu o descumprimento de preceito fundamental contra interpretação dada a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos de seu estado, que restringia direitos às pessoas de orientação homossexual, assim como contra decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e de outros estados que negavam às uniões homoafetivas os mesmos direitos concedidos às uniões estáveis heteroafetivas.

Neste importante e histórico julgamento, o STF, por unanimidade, julgou procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, conforme ementa a seguir:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA

INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo

enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL/STF, 2011).

Posteriormente a esta decisão pedidos de conversão ou habilitação de casamento homoafetivo foram julgados e deferidos por juízes de diversas localidades. A primeira homologação de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo partiu da 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí/SP, em 27/06/2011 (SÃO PAULO, 2011). Em Rondônia houve pedidos que desde logo foram deferidos pelos magistrados de primeiro grau, no entanto outros foram indeferidos, sendo que em um destes casos, as interessadas recorreram à Corregedoria-Geral da Justiça, que deferiu o pedido determinando o processamento da habilitação de casamento das pretendentes (RONDÔNIA, 2012).

No Rio Grande do Sul, muito antes da decisão do STF sobre a união estável homoafetiva, duas mulheres, tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado no cartório e foram à justiça requerer a habilitação, sendo-lhes negado mais uma vez o pedido, tanto em primeira quanto em segunda instância. Inconformadas, recorreram por meio de recurso especial, distribuído no STJ sob o nº 1.183.378 – RS. Assim, a Quarta Turma do STJ, em 25 de outubro de 2011 (meses depois da decisão do STF), deu “provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento”. Neste julgamento foram usados os fundamentos da decisão proferida pelo STF no julgamento conjunta da ADI nº 4277-DF e ADPF nº132-RJ, ressaltando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da proibição de discriminação de qualquer natureza, da liberdade sexual, da afetividade, da busca da felicidade, do livre planejamento familiar e da pluralidade familiar.

Diante disso, Tribunais de Justiça de vários estados usando de sua competência Constitucional e legal para fiscalizar e disciplinar os serviços dos cartórios extrajudiciais expediram atos normativos com instruções para o recebimento de habilitação, celebração ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os primeiros estados, mas não os únicos, em que os tribunais de justiça fizeram isto foram Rio de Janeiro, Paraná, Mato Grosso do Sul, Bahia, Sergipe, Piauí, São Paulo, Alagoas, Rondônia, Santa Catarina e Paraíba, (IBDFAM, 2013).

As divergências no sentido das decisões de magistrados, já que a maioria entendia não haver óbice ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, enquanto outros decidiam pela impossibilidade jurídica do pedido, assim como também as divergências de procedimentos adotadas pelos cartórios de registro civil, fez chegar ao Conselho Nacional de Justiça, pedidos para regulamentar o procedimento a ser adotado em todos os casos.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça, em sessão plenária, e seguindo o procedimento previsto em seu Regimento Interno, votou os termos a proposta de resolução. Veja-se o que diz a Resolução nº 175/2013 do Conselho em todos os seus termos:

Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 Texto original Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL/CNJ, 2011).

Logo em seguida, em 6 de junho de 2013, o Partido Social Cristão (PSC) em

protocolou uma petição de ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução do CNJ a qual foi distribuída com o número 4966-DF. O partido em sua petição inicial argumenta que o CNJ invadiu a esfera de competência do Congresso Nacional, porque teria inovado na ordem jurídica ao regulamentar matéria estranha à sua área de atuação, com violação do princípio da reserva de lei e violação ao princípio da separação dos poderes. A ADI nº4966-DF foi distribuída à relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Houve manifestação da Advocacia-Geral da União, assim como da Procuradoria-Geral da República, e ambas as manifestações são no sentido de que a Resolução é constitucional, e que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada improcedente. A referida ação aguarda o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL/STF, 2013).

Além de alguns partidos políticos contrários à Resolução nº 175/2013 do CNJ, há também na doutrina, como salientado anteriormente, autores como Diniz (2014), que defendem que a Resolução é inconstitucional porque o CNJ teria inovado na ordem jurídica invadindo a competência do Legislativo.

Enquanto isso, muitos pares homoafetivos têm aproveitado para celebrarem seus casamentos, garantindo aos membros de suas famílias os direitos e prerrogativas decorrentes do matrimônio, assumindo também as obrigações que lhes são próprias. Em 2014 o CNJ divulgou uma notícia informando que nos 12 meses seguintes à edição da Resolução nº175/2013, só nas capitais brasileiras, sem contar as cidades do interior dos estados, foram registrados mais de 1000 casamentos entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL/CNJ, 2014).

No mais, voltando-se ao texto da Resolução nº 175/2013 do CNJ, nota-se que no seu preâmbulo estão os fundamentos que o Conselho levou em consideração para embasar a decisão de expedir o referido ato normativo. O CNJ buscou fundamento nos acórdãos com força vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, proferidos na ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4277/DF, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares com as mesmas prerrogativas, direitos e deveres da união estável entre homem e mulher, e como se sabe a união estável, desde que, não havendo impedimentos, pode ser convertida em casamento. Também se embasou na decisão do STJ que reconheceu não haver óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Portanto, de uma leitura mais atenta da Resolução, em especial dos motivos que levaram à sua expedição, e considerando tudo que foi exposto antes, acerca do

casamento homoafetivo, nota-se que a Resolução não criou o casamento homoafetivo, ou seja, não inovou. Na verdade o Conselho padronizou o procedimento administrativo a ser seguido pelos cartórios de registro civil, que são serviços cuja fiscalização e correção é exercida pelo Poder Judiciário, portanto, também pelo CNJ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho ao estudar o instituto do casamento foi necessária uma breve contextualização histórica, e pode se observar que as relações familiares mudaram muito, e que hoje a família não se define apenas pela consanguinidade, mas principalmente pelos laços de afeto e solidariedade. Em razão do próprio texto constitucional, da aplicação de seus princípios fundamentais e da evolução social, o conceito de família tem se alargado, incluindo outros arranjos familiares e não só os núcleos formados pelo casamento.

Apesar de toda tradição envolvida, o próprio casamento mudou bastante. Antes servia mais ao homem para a procriação e garantir a conservação de sua linhagem, assim como para conservar seu patrimônio. Era indissolúvel e a mulher ficava sempre em segundo plano, sob as ordens do marido e incumbida dos afazeres domésticos e da criação dos filhos. Muita coisa mudou, primeiro a possibilidade do desquite, depois da separação e, finalmente, o divórcio se tornou possível. A mulher conseguiu ser tratada com igualdade perante a lei, assim, no casamento ambos passaram a ter tratamento igual, com os mesmos direitos e deveres.

O casamento é um contrato especial do direito de família, em que se forma uma comunidade de afeto e existência com direitos e deveres recíprocos para os cônjuges visando a realização de seus projetos de vida. É um instituto do direito privado, cujo núcleo mais importante é a vontade de duas pessoas de se unirem em matrimônio, cabendo ao agente incumbido pelo Estado, apenas o papel de fiscalizar o atendimento aos requisitos formais exigidos pela lei e cancelar a união mediante a declaração da autoridade competente.

A Constituição Federal garante especial proteção do Estado à família, e determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, dando

mais formalidade à constituição da família pelo matrimônio, sem menosprezar as demais entidades familiares.

Tanto os requisitos e impedimentos para o casamento estão na lei, assim como o processo de habilitação de casamento, que deve ser processada perante o oficial do registro civil, que deverá observar as exigências legais para conceder os interessados a certidão de que estão aptos a se casarem, e com ela, a autoridade competente pode então celebrar o casamento dos interessados.

O casamento é um direito civil, de todas as pessoas que tenham atingido a idade núbil, no entanto não é uma obrigação. Só deve se casar quem quer se casar. O casamento é apenas um dos meios pelo qual o indivíduo pode buscar a sua felicidade e a realização de seus projetos de vida. Para isso, é lógico que as duas pessoas envolvidas neste projeto de vida devem estar dispostas a receberem-se reciprocamente em casamento, assumindo todos os deveres daí decorrentes e gozando dos direitos que lhes são próprios.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nota-se que por tradição é que se negava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, principalmente ante a possibilidade de procriação, mas no fundo mesmo estava a ideia de que as relações homossexuais eram promíscuas, pecaminosas, e indesejadas numa sociedade marcadamente patriarcal.

Os indivíduos de orientação sexual diferente daquela da maioria, sempre sofreram por não poder de expressar livremente como pessoas, sobretudo por não poder expressar ou viver seu modo de amar e de se realizar sexualmente. Mas as relações sociais mudam, e mudam com mais rapidez do que pode acompanhar o ordenamento jurídico. As relações homoafetivas, antes clandestinas começaram a aparecer e ser aceitas em determinados núcleos sociais, e seus protagonistas começaram a buscar no judiciário soluções para os conflitos de interesses decorrentes dessas relações, ou mesmo para reconhecer juridicamente o que de fato já existe a muito tempo, porque o legislador não demonstrou interesse algum garantir direitos a estes cidadãos.

Com a decisão histórica do STF no julgamento da ADI nº 4277-DF e ADPF nº 132-RJ reconhecendo às uniões homoafetivas como entidades familiares nos moldes da união estável entre homem e mulher, abriu-se caminho para que os pares homoafetivos quisessem converter suas uniões em casamento ou mesmo se

casarem diretamente nos cartórios como todas as outras pessoas o podem fazer.

Depois desta decisão, foram muitas as decisões de juízes e tribunais favoráveis ao casamento homoafetivo, mas também houve decisões contrárias. O STJ julgou um recurso contra uma destas decisões e reconheceu que não há óbice na lei ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, e que além do mais, o direito ao casamento igualitário decorre da auto aplicabilidade dos princípios constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico pátrio.

Mais e mais decisões neste sentido foram proferidas e os Tribunais começaram a regulamentar os procedimentos para o casamento, celebração e conversão de união estável entre pares homoafetivos, até que o CNJ editou a Resolução nº 175/2013 vedando a recusa do processamento da habilitação, celebração ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Logo o Partido Social Cristão (PSC) impugnou o ato normativo do CNJ por meio de ação direta de inconstitucionalidade distribuída no STF sob o nº 4966-DF, almejando que a norma seja declarada inconstitucional sob o fundamento de violação ao princípio da separação dos poderes e do princípio da reserva de lei.

Como apresentado no capítulo sobre controle de constitucionalidade, as leis e atos normativos precisam obedecer aos mandamentos constitucionais, não podendo ter vício formal nem material, sob pena de ser extirpada do ordenamento como se nunca houvesse existido.

Ficou evidente que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem autorização constitucional para regulamentar as matérias que estejam no âmbito de sua competência. Os serviços notariais e registrais estão sob o controle e fiscalização do Poder Judiciário, e portanto, no âmbito da competência do CNJ. Observou-se também que o Supremo Tribunal Federal tem dado interpretação mais alargada à competência regulamentar do CNJ, e que parte da doutrina, ainda que minoritária, entende que a Constituição deu ao CNJ competência para editar atos normativos primários dentro de sua área de atuação.

Ora, como se viu, o casamento homoafetivo já existia no ordenamento jurídico pátrio antes da edição da Resolução nº175/2013 do CNJ, e vários Tribunais, inclusive, já tinham regulamentado o assunto na tentativa de padronizar o procedimento em seus estados, portanto é dedutível que o Conselho exercendo seu poder regulamentar editou a Resolução unicamente para padronizar os

procedimentos referentes aos casamentos homoafetivos nos serviços registrais de todo o território brasileiro, permitindo maior segurança jurídica, eficiência na prestação de um serviço que lhe compete fiscalizar, e tratamento isonômico entre todos os cidadãos.

Portanto a conclusão a que se chega é que a Resolução nº 175/2013 do CNJ é constitucional. Primeiramente, ela é formalmente constitucional por ter sido emanada de órgão constitucionalmente competente e seguindo o procedimento previsto no seu regimento interno. Ela também é materialmente constitucional, porque regulamenta o procedimento administrativo apropriado ao exercício de um direito que decorre da autoaplicabilidade dos princípios constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico pátrio. Procedimento administrativo este, do âmbito de sua competência já que lhe cabe o controle e fiscalização dos serviços registrais e notariais.

Certamente que o Supremo Tribunal Federal (STF) cuidará com maestria de analisar a questão constitucional a ele submetida, e julgará improcedente a ADI nº 4966-DF, reconhecendo a constitucionalidade da Resolução nº 175/2013 do CNJ em razão dos motivos acima expostos.

Além do mais, em uma suposição de que o STF julgue procedente aquela ação, o casamento entre pessoas do mesmo sexo continuará sendo existindo e sendo válido em razão da incidência e auto aplicabilidade dos princípios constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico, vedando tratamento discriminatório de qualquer natureza, e privilegiando sempre a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a afetividade, a busca da felicidade, a pluralidade familiar, a liberdade sexual, o livre planejamento familiar, a autodeterminação do indivíduo e a autonomia da vontade.

Assim, tem-se que este trabalho cumpriu seu objetivo, qual seja, demonstrou que o CNJ detém competência para edição da Resolução nº 175/2013, e que esta Resolução é formal e materialmente constitucional, e não viola nem a reserva de lei, pois não foi ela que introduziu no ordenamento o casamento homoafetivo, assim como não fere o princípio da separação dos poderes. No mais, ela é dirigida especialmente aos serviços registrais que são competentes para processar as habilitações, celebração e casamento e conversão de união estável em casamento, serviços estes que se submetem, conforme disposição legal e constitucional, ao controle e fiscalização do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 2002. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 junº 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175 de 14/5/2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Um ano após norma sobre o casamento gay, chegam a 1.000 as uniões entre o mesmo sexo**. Agência CNJ de Notícias, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61657-um-ano-apos-resolucao-do-casamento-gay-chega-a-1000-o-numero-de-unioes-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 19 junº 2016.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: em 09 abr. 2016.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**, Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Lei dos Cartórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 06 junº 2016.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso em: 6 jun 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6 Distrito Federal**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>>. Acesso em: 19 jun 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 5 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4966 Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4419751>>. Acesso em: 19 junº 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 – RS**. K R O e L P. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 25 out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 05 maio 2016.

CARVALHO, Dimitri Braga Soares de. **Direito de família e direitos humanos: Pluralidade Familiar e Dignidade Humana como centro das relações familiares**. Leme: CL EDJUR, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25.. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Mariana. **A responsabilidade estatal pe lo reconhecimento e regulação das uniões e do casamento homoafetivo**. O atendimento aos mandamentos constitucionais. Teresina: Jus Navigandi, a. 16, nº 2758, 19 janº 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18305> (<<http://jus.com.br/revista/texto/18305>) >. Acesso em: 7 maio 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Estados seguem tendência nacional e regulamentam casamento homoafetivo**. Assessoria de comunicação, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5021/Estados+seguem+tend%C3%Aancia+nacional+e+regulamentam+casamento+homoafetivo>>. Acesso em: 19 junº 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Decisão do TJRO entende casamento homoafetivo como legal**. Assessoria de Comunicação Institucional, 2012. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/noticia/faces/jsp/noticiasView.jsp;jsessionid=ac13022130d5f90bf88cf28544e1a62dc225fe9a5081.e3iRb3eTc310aNeSe0?cdDocumento=17404&tpMateria=2>>. Acesso em: 19 junº 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Diretrizes Gerais Extrajudiciais**: Provimento nº 0018/2015-CG, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico, de 16 set. 2015. Disponível em : <http://www.tjro.jus.br/images/Arquivos/corregedoria/Diretrizes_extrajudiciais/Provimento_018-2015-CG_-_Diretrizes_Gerais_Extrajudiciais_-_Revis%C3%A3o_2014-2015_-_Vers%C3%A3o_DJE.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. 2ª Vara de Execuções Fiscais e Registros Públicos da Comarca de Porto Velho. **Processo 0000092-60. 2012. 8. 22. 0101**. Sentença, 27 fev. 2012. Publicada no DJE 056, disponibilizado em: 26 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/diarios/2012/056.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Juiz converte em casamento união estável de pessoas do mesmo sexo**. Assessoria de Imprensa TJSP, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=10871>>. Acesso em: 16 junº 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.